

K E N D E L S E

CFD

(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

mod

Den Nationale Tolkemyndighed

(Kammeradvokaten v/ advokat Vibeke Fabricius Nordlander)

Den Nationale Tolkemyndighed annoncerede den 2. oktober 2015 på udbud.dk, at myndigheden havde til hensigt at indgå en rammeaftale om indkøb af skrive- og tegnsprogstolkning. Ydelserne var omfattet af reglerne i det dagældende udbudsdirektivs (direktiv 2004/18/EF) bilag II B.

Med annonceringen fulgte udbudsbetingelser, rammeaftaleudkast, kravspecifikation samt en tilbudsliste og løsningsbeskrivelse til brug for tilbudsgiver. Udbuddet var opdelt i 10 delrammeaftaler, hvor delrammeaftale 1-5 omfattede tegnsprogstolkning, og delrammeaftale 6-10 omfattede skrive-tolkning.

Den Nationale Tolkemyndighed indgik aftale med CFD, Tolkecenter Danmark og 24 andre tolkeleverandører fordelt på én eller flere af de 10 delrammeaftaler, således at der på hver delrammeaftale blev indgået parallelle delrammeaftaler med mellem 3 og 15 leverandører.

I august 2016 gik Tolkecenter Danmark konkurs.

Ved en ”Overdragelsesaftale og bofaktura” af 12. september 2016 købte Erlund Holding ApS en række aktiver, herunder ”Rammeaftale med Den Nationale Tolkemyndighed (DNTM) ’Rammeaftalen”, af konkursboet.

Den 22. december 2016 indgav CFD klage til Klagenævnet for Udbud over Den Nationale Tolkemyndighed (i det følgende Tolkemyndigheden). CFD fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 30. januar 2017 besluttede klagenævnet at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

CFD har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1A - principal

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Tolkemyndigheden i strid med udbudslovens § 2, stk. 1, og § 178, stk. 1, sammenholdt med § 178, stk. 2, nr. 4, har ændret grundlæggende elementer i en rammeaftale uden at gennemføre en ny udbudsprocedure, idet Tolkemyndigheden har accepteret, at først Erlund Holding ApS og siden SprogTegn ApS har overtaget en række delrammeaftaler, som oprindeligt blev indgået med Tolkecenter Danmark A/S.

Påstand 1B - subsidiær

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Tolkemyndigheden i strid med udbudslovens § 2, stk. 1, § 186 og § 187, stk. 1, har ændret grundlæggende elementer i en rammeaftale uden at gennemføre en ny udbudsprocedure, idet Tolkemyndigheden har accepteret, at først Erlund Holding ApS og siden SprogTegn ApS har overtaget en række delrammeaftaler, som oprindeligt blev indgået med Tolkecenter Danmark A/S.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Tolkemyndighedens beslutning om at tildele SprogTegn ApS delrammeaftalerne, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal erklære delrammeaftalerne mellem Tolke-myndigheden og SprogTegn ApS og de på baggrund af disse indgåede kon-trakter for uden virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1.

Tolkemyndigheden har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 6. januar 2017 meddelt Den Nationale Tolkemyndig-heds kontraktpart, SprogTegn ApS, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

SprogTegn ApS har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder:

Af ”udbudsbetingelser fysisk tolkning 2016 - 2017” fremgik bl.a. følgende:

”1. Indledning

Dette udbud omfatter varetagelse af skrive- og tegnsprogstolkning og er en tjenesteydelseskontrakt omfattet af udbudsdirektivets bilag II B.

... Tolkemyndigheden vurderer, at udbuddet ikke har grænseoverskri-dende interesse.

...

5. Betingelser i øvrigt

- Tilbudsgiveren skal vedlægge sit tilbud en aktuel serviceattest fra Erhvervsstyrelsen eller tilsvarende.
- ...
- For at kunne indsende tilbud, skal tolkeleverandøren tilbyde mi-nimum 15 timers tolkning ugentligt i en region. Leverandører der ikke kan tilbyde dette, opfordres til at indgå i samarbejde med andre mindre leverandører, og indsende tilbud som konsortier. Der må maksimalt være 5 deltagere i et konsortium.

6. Tildelingskriterier

Indgåelse af delrammeaftalerne om tolkeleverancer vil for hver del-rammeaftale ske på grundlag af en samlet vurdering, hvor følgende indgår:

Beregnet samlet pris 60 %

Gennemsnitlig erfaringstid for tolke 20 %

Tilbud for ansatte tolke med efter- og videreuddannelse 20 %

...

Det bemærkes, at tolkebrugeren har frit valg blandt de tolke, som har indgået delrammeaftale for deres region. Hvis tolkebruger ikke har ønsket en bestemt tolkeleverandør til tolkeopgave, eller hvor den ønskede leverandør ikke har kapacitet til at udføre tolkeopgaven, vil tolkeopgaven blive udsendt i miniudbud via Tolkeportalen.

...

7. mindstekrav og forbehold

Udbudsmaterialets bestemmelser skal anses som mindstekrav...

Tilbud, der ikke overholder samtlige mindstekrav (såkaldte ukonditions-mæssige tilbud), vil ikke blive taget i betragtning.

...”

Af ”udbud fysisk tolkning 2016 - 2017 Rammeaftale om varetagelse af tolkebistand” fremgik bl.a. følgende:

”15. Overdragelse

...

Tolkeleverandøren kan kun med Tolkemyndighedens skriftlige samtykke overdrage sine rettigheder og forpligtelser efter denne rammeaftale til tredjemand. Overdragelse vil kun kunne tillades, såfremt dette sker uden værdifastsættelse”

Af ”udbud fysisk tolkning 2016 -2017 Bilag 1 Kravspecifikation” fremgik bl.a. følgende:

”...

2. Beskrivelse af ordregivende myndigheder

Tolkemyndigheden (DNTM) er den nationale myndighed for bevilling af tolk til hørehandicappede, på de områder, hvor der ikke er noget sektoransvar.

...

Tolkemyndigheden betjener hele landet med bevilling af ansøgninger om tolkebistand til sociale aktiviteter. Området er afgrænset af tolk til undervisning og tolk til områder, der er dækket af sektoransvar, eksempelvis indlæggelse på hospital, samtaler med den stedlige kommune, møde med statslige myndigheder, eksempelvis politiet.

...

3. Beskrivelse af den hidtidige opgavevaretagelse

Tolkemyndighedens indkøb af tolkebistand er for 2016-2018 budgetteret med kr. 38 mio. årligt.

Antal tolkebrugere er ultimo 2014 på landsplan 3075, fordelt med 76 % døve, 3 % døvblinde og 21 % hørehæmmede.

I 2014 indkøbte Tolkemyndigheden samlet tolkninger for i alt 30,2 mio. kr.

Omfanget vil naturligvis påvirkes af ændringer i lovgivningen, og af brugernes faktiske behov.

...”

Af udbudsbetingelsernes ”Bilag 2 Tilbudsgivers tilbud og løsningsbeskrivelse” fremgår i den fortrykte tekst bl.a.:

”2.8 Kapacitet

Her angives den tolkekapacitet tilbudsgiver tilbyder til løsning af opgaver under rammeaftalen præciseret med angivelse af, hvor mange tolketimer tilbudsgiver tilbyder ugentligt.

...

Bemærk at det er et mindstekrav, at der tilbydes minimum 15 timers tolkning ugentlig pr. rammeaftale.

...”

Tolkemyndigheden indgik som anført aftale med CFD, Tolkecenter Danmark og 24 andre tolkeleverandører fordelt på én eller flere af de 10 delrammeaftaler, således at der på hver delrammeaftale var mellem 3 og 15 leverandører. Der er på alle delaftalerne afgivet tilbud fra flere tilbudsgivere, end der er indgået aftale med.

Antallet af aftaler, der blev indgået for hver af de enkelte delrammeaftaler, var baseret på det skønnede behov under den pågældende delrammeaftale. Antallet af aftaler, der blev indgået, blev fastsat på grundlag af det hidtidige forbrug under den pågældende delrammeaftale og på grundlag af den minimumskapacitet på 15 timer pr. uge, som leverandører var forpligtede til at kunne levere under delrammeaftalen.

Ved afgivelse af tilbud skulle tilbudsgiverne oplyse en ugentlig tolkekapacitet i antal timer udover det anførte minimumskrav på 15 timer pr. uge. Den tilbudte kapacitet indgik ifølge Tolkemyndigheden ikke i vurderingen

af leverandørernes tilbud, og den tilbudte overkapacitet for de forskellige leverandører indgik ikke i vurderingen af det antal aftaler, der blev indgået for hver delrammeaftale. Oplysningen om overkapacitet var alene tiltænkt som et kontraktstyringsværktøj og til anvendelse i de tilfælde, hvor leverandører ikke måtte imødekomme anmodninger om levering.

I august 2016 gik Tolkecenter Danmark konkurs.

Ved "Overdragelsesaftale og bofaktura" af 12. september 2016 købte Erlund Holding ApS som tidligere anført 2 stationære PC'ere, 4 smartphones og samtlige fagbøger af konkursboet efter Tolkecenter Danmark for 14.000 kr. med tillæg af moms. Af aftalen fremgår, at Erlund Holding ApS tillige vederlagsfrit overtog "Extranet/Intranet benævnt "Trojka" og "Rammeaftale med Den Nationale Tolkemyndighed (DNTM) 'Rammeaftalen'".

Af Erlund Holding ApS' årsrapport 2015 fremgår, at

"Selskabets formål er at eje andele i selskaber inden for rådgivnings- og udviklingsvirksomhed og hermed beslægtet virksomhed inden for medier, it og telekommunikation."

Ved e-mail af 15. september 2016 kontaktede ejeren af Erlund Holding ApS, Mia Erlund, Tolkemyndigheden. Af henvendelsen fremgår:

"På opfordring af Hans Okholm Vejrup [efter det oplyste tidligere direktør i Tolkecenter Danmark] og et par tolke fra tidligere Tolkecenter Danmark A/S har jeg med interesse valgt at overtage rammeaftalen med DNTM for tolkninger på de sociale områder fra konkursboet.

...

Hans Okholm Vejrup har oplyst mig, at du mundtligt allerede har bekræftet forholdene. Jeg vil meget gerne, at du blot på denne mail, bekræfter, at det er korrekt, hvorefter jeg straks etablerer og registrerer DitTegn ApS, så forventet opstart og tolkninger kan ske fra den 1. oktober 2016."

Henvendelsen blev besvaret af Tolkemyndigheden ved e-mail af 19. september 2016, hvoraf bl.a. fremgår:

"Tak for din henvendelse om overdragelse af rammeaftalen for Tolkecenter Danmark.

Vi kan godt tillade overdragelsen fra konkursboet. Vi skal have jeres firmanavn, et cvr nr. og en serviceattest fra Erhvervsstyrelsen, der dokumenterer at firmaet ikke har gæld til det offentlige.

Når det er på plads, åbner vi adgang til Tolkeportalen...”

Erlund Holding ApS stiftede den 1. oktober 2016 selskabet SprogTegn ApS.

Den 11. oktober 2016 offentliggjorde Tolkemyndigheden via et opslag på Tolkemyndighedens Facebook-side, at

”Tolkemyndigheden har accepteret, at SprogTegn har fået overdraget rammeaftalerne fra konkursboet for Tolkecenter Danmark. SprogTegn består af en række tolke fra det konkursramte Tolkecenter Danmark.

I overdragelsen ligger, at firmaet naturligvis skal leve op til de aftaler, vi havde indgået med Tolkecenter Danmark.
...”

Af et ”tilsynsnotat” af 30. november 2016 fremgår bl.a.:

”Der er til jyllandskontoret tilknyttet 1 fuldtidsmedarbejder og 2 freelancere der betjener Jylland og Fyn. Der er ca. samme bemanning øst for Storebælt.

...

Skrivetolkeopgaverne er på standby nu, det har simpelt hen ikke været muligt at finde ledige skrivetolke.

...

Efteruddannelse: Firmaet har området under udarbejdelse, men en endelig plan er endnu under udarbejdelse. De vil helt klart leve op til TCDK's tilbus, ...

Tolkenes erfaringstid: kbh 13+14, Jylland 14+10+13

...”

Af Tolkecenter Danmarks oprindelige tilbud fremgår bl.a., at de tilbyder en ugentlig tolkekapacitet på mellem 25 og 250 timer på hver af de 10 delaf-taler, at de tilbyder mellem 2 og 40 tolke med en gennemsnitlig erfaring på mellem 3,5 og 16,5 år. Det fremgår af tilbuddet om efter- og videreuddannelse, at ”Tolkecenter Danmark A/S afsætter således typisk årligt ca. kr. 500.000,- til efter- og videreuddannelse af tolke, hvilket svarer til mere end

kr. 7.000,- pr. tolk.”

Tolkemyndigheden har opgjort det faktiske forbrug af tolketjenester i 2016 således:

På delrammeaftale 1-5, Tegnsprogstolkning: 35.961 timer med en samlet faktureret pris på 30.634.328 kr. fordelt på 41 aftaler svarende til ca. 17 timer pr. uge.

På delrammeaftale 6-10, Skrivetolkning: 3.667 timer med en samlet faktureret pris på 4.039.357 kr. fordelt på 16 aftaler svarende til ca. 4,5 time pr. uge.

På aftalerne med Tolkecenter Danmark er der for perioden 1. januar 2016 til 30. juni 2016 anvendt følgende:

Region	Antal sager	Antal timer	Faktureret pris
Januar	279	447	397.759
Februar	297	484	439.801
Marts	277	450	447.730
April	352	573	558.045
Maj	295	503	432.345
Juni	279	531	544.496
I alt	1.779	2.998	2.820.176

På aftalerne med SprogTegn ApS er der for perioden 10. oktober 2016 til 31. december 2016 anvendt følgende:

Region	Antal sager	Antal timer	Faktureret pris
Hovedstaden	15	39	24.925
Midtjylland	36	85	99.973
Nordjylland	3	6	5.371
Sjælland	5	11	13.774
Syddanmark	13	36	25.393
I alt	72	177	169.435

Parternes anbringender:

Ad påstand 1A og 1B

CFD har vedrørende påstand 1A og 1B gjort gældende:

Ad klassificering af ydelserne

Når en ordregiver skal foretage vurderingen af, om indkøb af en ydelse er udbudspligtig i medfør af udbudsdirektivet og udbudslovens afsnit II eller III, skal ordregiver klassificere ydelsen efter den relevante CPV-kode. Klassifikation af ydelsen skal ”ske under den kode, der efter en naturlig sproglig forståelse er mest dækkende for den pågældende ydelse, uanset om andre koder kunne være dækkende”, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. december 2013, Holm & Halmby mod Københavns Universitet. Endvidere gælder efter fast praksis fra Klagenævnet for Udbud en formodningsregel, hvorefter en kontrakt som udgangspunkt vil være fuldt udbudspligtig, hvor der er en ”ikke ubetydelig grad af usikkerhed” med hensyn til, om en kontrakt skal udbydes efter de detaljerede udbudsregler, jf. bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. juni 2010, PlayTech Limited mod Danske Spil A/S.

Klassificering af tolkeydelser i det konkrete udbud skal ske under CPV-koden 79540000 (tolkning), da denne kode efter en naturlig sprogforståelse er mest dækkende for den pågældende ydelse. Udbudsdirektivets bilag XIV indeholder en udtømmende opstilling af ydelserne omfattet af light-regimet, som er implementeret ved udbudslovens afsnit III. Da tolkeydelser jf. CPV-koden 79540000 ikke er omfattet af udbudsdirektivets bilag XIV, er tolkeydelser fuldt udbudspligtige i medfør af udbudsdirektivet og udbudslovens afsnit II.

Klagenævnet for Udbuds foreløbige vurdering i delkendelsen af 30. januar 2017 hviler på et forkert grundlag. Det fremgår af kravspecifikationen pkt. 1, at ”Dette udbud dækker over tolkebistand til sociale aktiviteter og uddannelse, hvor Den Nationale Tolkemyndighed bevilliger tolk. Det dækker tillige over de tilfælde, hvor andre myndigheder anvender Tolkeportalen til at finde tolke, dvs. tolkning for andre sektorer.” Tolkemyndigheden har tilsvarende i notat af 4. april 2014 om sektoransvar angivet, at ”I løbet af 2014 vil Tolkemyndigheden indføre mulighed for, at andre sektorer direkte kan anvende fjerntolkning efter anmodning, med afregning fra Tolkemyndighedens Tolkeportal. Herved sikres den bedst mulige pris for den pågældende myndighed.” Udbuddet omfatter derfor ikke kun tolkning til fritidsaktiviteter.

Det er i den forbindelse uden relevans, om andre myndigheder reelt har trukket på aftalen, da rammeaftalen åbner for muligheden. I hvert fald 8 kommuner har under rammeaftalens løbetid trukket på aftalen, hvorfor den reelt er blevet brugt til opgaver omfattet af sektoransvaret. CFD er desuden blevet tildelt 27 tolkeopgaver fra kommuner i 2016 og 11 opgaver fra kommuner i de første fire måneder af 2017. Rammeaftalerne hører derfor under betegnelserne ”forretningstjenesteydelser” og ”kontorstøttearbejde” - omfattet af den fuldt udbudspligtige CPV-kode 79540000 (tolkning) - idet udbuddet åbner op for indkøb af tolkning i alle situationer, hvor andre myndigheder har behov herfor, herunder i situationerne omfattet af kontorstøttearbejde, fx i form af tolkning mellem en hørehæmmet og en kommunalt ansat.

Dette understøttes også af, at både EU-Kommissionen samt flere myndigheder i Danmark, Sverige, Storbritannien og Frankrig har vurderet, at tolkeydelser for hørehandicappede skal klassificeres som den fuldt udbudspligtige CPV-kode 79540000 (tolkning). CFD har således fundet 28 eksempler, hvor de kompetente myndigheder har vurderet, at tolkeydelser for hørehandicappede skal klassificeres som CPV-kode 79540000 (tolkning).

Det konkrete indkøb er på den baggrund fuldt udbudspligtig i medfør af udbudsdirektivet og udbudslovens afsnit II som følge af, at indkøbet kan henføres til CPV-koden 79540000 (tolkning).

Ad værdiansættelse af ydelserne

Hvis klagenævnet vurderer, at tolkeydelser skal klassificeres som en ydelse omfattet af udbudslovens afsnit III, har Tolkemyndigheden været forpligtet til at iagttage udbudslovens § 2, til at fastlægge en procedure for gennemførelse af indkøbet samt at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse eller forhåndsmeddelelse, jf. udbudslovens § 186 og 187, stk. 1, idet værdien af de delrammeaftaler, der er overdraget til SprogTegn ApS, i udbudsretlig henseende udgør ikke under 38 mio. kr. årligt, hvorefter de indgåede delrammeaftaler under alle omstændigheder er udbudspligtige ydelser.

Værdien skal i den forbindelse fastsættes i lyset af, at delrammeaftalerne er indgået i en indholdsmæssig og tidsmæssig sammenhæng med alle øvrige delrammeaftaler udbudt ultimo 2015, og at de indgåede delrammeaftaler med SprogTegn ApS vedrører nøjagtig de samme ydelser, som der blev

indgået delrammeaftaler om kun ca. 10 måneder tidligere, hvorfor værdien af delrammeaftalerne med SprogTegn ApS skal sammenlægges med værdien af de oprindelige aftaler, jf. udbudslovens § 35.

”Bagatel-reglen” i udbudslovens § 180 er ikke anvendelig som undtagelse til det altovervejende udgangspunkt, hvorefter udskiftning af den oprindelige leverandør er en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 4.

Det fremgår således af lovforarbejderne til § 178, stk. 2, nr. 4, at udbudslovens § 182 indeholder en udtømmende regulering af, hvornår det er tilladt at udskifte en leverandør.

Det skal forstås i sammenhæng med, at udskiftning af den oprindelige leverandør notorisk anses som en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 4. På den baggrund er der derfor kun to hjemlede muligheder for at udskifte leverandøren, jf. udbudslovens § 182. Det er i den forbindelse uden betydning, at der i udbudslovens § 178 generelt er henvist til §§ 179-183, når det er fremhævet i lovforarbejderne, at udbudslovens § 182 er udtømmende.

”Bagatel-reglen” kan endvidere kun anvendes, når en ændring har en værdi, der er lavere end tærskelværdierne i udbudslovens § 6, og værdien er lavere end 10 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt, for så vidt angår tjenesteydelses- og vareindkøbskontrakter. ”Bagatel-reglen” kan derfor kun anvendes, når ændringen kan opgøres i en økonomisk værdi. Udskiftning af en leverandør kan ikke værdiansættes, da leverandøren overtager de samme forpligtelser og rettigheder som den eksisterende leverandør. Hvis betingelserne for udskiftning af en leverandør er opfyldt, vil der altså ikke være en reel ændring af værdien af kontrakten.

Værdien af de dobbeltoverdragne parallelle delrammeaftaler kan desuden ikke i udbudsretlig henseende adskilles fra de øvrige delrammeaftaler. Ved vurderingen af udbudspligt har Tolkemyndigheden således været forpligtet til at inddrage den tidsmæssige- og indholdsmæssige sammenhæng mellem aftalerne og de øvrige indgåede delrammeaftaler med andre aktører. Denne pligt følger af udbudslovens § 8, stk. 1, og forarbejderne hertil.

Delrammeaftalerne indgået mellem Tolkemyndigheden og SprogTegn har samme indhold og formål som de øvrige delrammeaftaler, dels da de oprindeligt blev indgået mellem Tolkemyndigheden og Tolkecenter Danmark som led i et eksisterende rammeaftalekompleks, dels da de dobbeltoverdragne eksisterende delrammeaftaler placerer SprogTegn på den oprindelige leverandørs allerede fastsatte plads på en prioriteret leverandørliste med de øvrige tolkevirksomheder.

Delrammeaftalerne med SprogTegn som kontraktpart er endvidere indgået i en nær tidsmæssig sammenhæng med de øvrige delrammeaftaler, da de parallelle delrammeaftaler var udbudt ca. 10 måneder tidligere.

De indgåede delrammeaftaler med SprogTegn vedrører nøjagtig de samme ydelser, der blev indgået delrammeaftaler om kun ca. 10 måneder tidligere, hvorfor værdien af delrammeaftalerne med SprogTegn skal sammenlægges med værdien af de oprindelige aftaler, jf. udbudslovens § 35, om successive indkøb.

Værdien af de først til Erlund Holding og siden hen til SprogTegn overdragne delrammeaftaler udgør således i udbudsretlig henseende ikke under 152 mio. kr. Tærskelværdierne i udbudslovens § 6 og § 7 er derfor væsentligt overskredet.

Hvis værdien af de til SprogTegn overdragne delrammeaftaler opgøres separat, så overskrider disse dog stadigvæk tærskelværdien på 5.592.375 kr.

For det første skal optioner altid medregnes ved værdiansættelsen af en kontrakt/rammeaftale, jf. udbudslovens § 30, stk. 1.

For det andet er værdien af en rammeaftale den højest anslåede værdi af samtlige kontrakter, der forventes tildelt inden for rammeaftalens løbetid, jf. udbudslovens § 32.

Værdien skal i medfør af udbudslovens § 30 opgøres "... på grundlag af det samlede beløb, der efter ordregiverens skøn skal betales til leverandøren for gennemførelsen af den udbudte kontrakt". Det følger af lovforarbejderne til § 30, at "Bestemmelsen indebærer, at ordregiveren skal foretage et sagligt skøn ved beregning af den anslåede værdi. For at foretage en saglig forhandsvurdering kan ordregiveren f.eks. fremskaffe oplysninger om marke-

dets generelle prisniveau for indkøbet ved at anvende rådgivere med branchekendskab, indhente prisoplysninger hos økonomiske aktører m.v., jf. § 39. Eventuelle historiske oplysninger kan også indgå i oplysningsgrundlaget, men vil sjældent kunne stå alene.”

Tolkemyndighedens værdiansættelse, som alene er baseret på historiske oplysninger om SprogTegns foreløbige omsætning, kan derfor ikke lægges til grund.

For det første vil de fleste virksomheder have en forholdsmæssigt lavere omsætning i virksomhedernes opstartsperiode. Rammeaftalerne er opbygget således, at tolkebrugerne først og fremmest har mulighed for at foretage et frit valg af tolkeleverandør. Denne fritvalgsordning medfører, at nystartede virksomheder har brug for at skabe et ”brand” blandt tolkebrugerne, da den nystartede virksomhed ellers kun vil modtage opgaver fra den prioriterede leverandørliste. Når virksomheden har fået opmærksomhed på markedet, vil virksomheden have mulighed for at generere en meromsætning og ekspandere med flere ansatte tolke som følge af fritvalgsordningen.

For det andet skal man ved værdiansættelse af delrammeaftalerne tage hensyn til de yderligere ekspansionsmuligheder, der er ved det særegne marked for tolkeydelser for hørehandicappede. Virksomhedernes medarbejderstab og omsætning er meget foranderlig som følge af rammeaftalernes opbygning og de dertil forbundne udnyttelsesmuligheder. Der er derfor mulighed for væsentlig vækst over tid.

Fritvalgsordningen medfører, at tolkebrugerne har frit valg af tolkeleverandør. Hvis tolkebrugerne ikke foretager et (frit) valg, vil aftalen blive tilbudt til den tolkeleverandør, der er højest placeret på den prioriterede leverandørliste, og som samtidig har budt på tolkeopgaven på Tolkeportalen. SprogTegn har overtaget Tolkecenter Danmarks placering på den prioriterede leverandørliste. SprogTegn har derfor mulighed for at acceptere et stort antal aftaler og kan i den forbindelse over tid udvide sin omsætning markant.

”Bagatel-reglen” finder derfor ikke anvendelse, da værdien af ændringen langt overstiger værdien for tjenesteydelseskontrakter indgået med statslige myndigheder i udbudslovens § 6, stk. 1, nr. 2 (1.006.628 kr.), samt tærskelværdien for udbudslovens afsnit III i udbudslovens § 7 (5.592.375 kr.). Her-

til bemærkes særligt, at det er Tolkemyndigheden, der skal sandsynliggøre, at værdien er under tærskelværdierne, dels da det er Tolkemyndigheden, der påberåber sig undtagelsen i udbudslovens § 180, dels da Tolkemyndigheden ikke selv har foretaget et estimat på tidspunktet for overdragelse.

Ad ændringens karakter

Udbudsdirektivets og udbudslovens regler om ændringer i kontrakter kan anvendes analogt ved ydelser efter udbudslovens afsnit III. Vurderingen, af om overdragelsen af kontrakten uden udbud er i strid med udbudsloven, er således den samme i relation til såvel påstand 1A som 1B.

Det fremgår af udbudslovens § 178, stk. 1, at ændring af grundlæggende elementer i en rammeaftale alene kan ske efter gennemførelse af en udbudsprocedure, og af § 178, stk. 2, nr. 4, følger, at udskiftning af den leverandør, rammeaftalen oprindeligt er tildelt, som udgangspunkt vil udgøre en ændring af et grundlæggende element. Udbudslovens § 182 beskriver udtømmende de situationer, hvor den oprindelige leverandør kan udskiftes, uden at dette udgør en ændring af et grundlæggende element i rammeaftalen. Udbudsloven og lovens forarbejder skal ikke fortolkes således, at en virksomhed i forbindelse med insolvens har en fri og ubetinget adgang til at overdrage en kontrakt uden samtidig overdragelse af hele eller dele af den insolvente virksomhed, idet det også i insolvenssituationen forudsættes, at overdragelsen af en kontrakt sker som led i en hel eller delvis virksomheds-overdragelse. Udbudsloven og forarbejderne hertil skal endvidere fortolkes direktivkonformt, jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 29. april 2004 i sag C-371/02, Björnekulla, præmis 13.

Den simple overdragelse fra konkursboet efter Tolkecenter Danmark til Erlund Holding ApS af delrammeaftalerne med Tolkemyndigheden udgør ikke en reel ”omstrukturering” eller ”strukturelle ændringer” i forbindelse med ”en universel eller delvis efterfølgelse” af den oprindelige leverandør. I en insolvenssituation kan der alene være tale om en reel ”omstrukturering” eller ”strukturelle ændringer” i forbindelse med ”en universel eller delvis efterfølgelse”, såfremt der sker virksomhedsoverdragelse af hele eller dele af den oprindelige leverandørvirksomhed. Erlund Holding ApS’ efterfølgende overdragelse af delrammekontrakterne til SprogTegn ApS er under alle omstændigheder ikke sket som led i en reel ”omstrukturering” eller

”strukturelle ændringer” i forbindelse med ”en universel eller delvis efterfølgelse” af den oprindelige leverandør.

Selv hvis overdragelsen fra konkursboet efter Tolkecenter Danmark til Erlund Holding ApS måtte være sket i forbindelse med en ”omstrukturering” i udbudslovens forstand, lever overdragelsen til Erlund Holding ApS ikke op til det ufravigelige krav om, at ”de oprindelige kriterier for kvalitativ udvælgelse opfyldes”, jf. udbudslovens § 182, nr. 2. Erlund Holding ApS, som er et holdingselskab og ikke en tolkevirksomhed, opfylder således ikke det mindstekrav, der var fastsat ved den oprindelige konkurrenceudsættelse, om, at en leverandør for at være egnet skulle kunne tilbyde 15 timers tolkning ugentligt i en region, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 5, Betingelser i øvrigt. Det fremgår videre af udbudsloven, at såfremt ordregiver tillader udskiftning af personale, hvis kvalifikationer og erfaring ordregiver har inddraget i relation til evalueringen af tildelingskriterierne, skal ordregiver kontrollere, at erstatningspersonalet har tilsvarende kvalitetsniveau, jf. herved udbudslovens § 162, stk. 3, nr. 2. Dette er ikke sket.

Overdragelserne af delrammeaftalerne først til Erlund Holding ApS og siden til SprogTegn ApS indebar endvidere andre grundlæggende ændringer af kontrakten i strid med udbudslovens § 182, nr. 2, idet overdragelserne indebar en reel og betydelig ændring og indskrænkning af den generelle kapacitet og kvalitet, som den oprindelige leverandør stillede til rådighed for Tolkemyndigheden i relation til såvel ”gennemsnitlige erfaringstid for tolke” og ”efter- og videreuddannelse for de tilbudte tolke” samt ”ugentlig kapacitet”.

Ad ændringsklausul

CFD har gjort gældende, at udskiftning af den oprindelige leverandør endvidere ikke er sket som følge af en klar, præcis og entydig ændringsklausul eller -mulighed. Klausulen i rammeaftalens afsnit 15 er blot en kodificering af dansk rets almindelige regler om debitorskifte og ikke en klar, præcis eller entydig klausul, der fastlægger, under hvilke omstændigheder overdragelse kan ske ud fra objektive kriterier.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i sin vejledning fra 2013 om kontraktændringer anført: ”I det omfang ordregiver ser et behov for, at kontrakten kan overdrages i andre tilfælde, er det et krav, at kontrakten klart fo-

reskriver, under hvilke omstændigheder overdragelse kan ske, samt at disse omstændigheder skal være knyttet op på objektive kriterier. Endvidere skal der være en ret for parterne til at kræve, at kontrakten overdrages i disse tilfælde. Såfremt ændringsklausulen blot er en kodificering af dansk rets almindelige regler om debitorskifte, hvorefter en debitor kan overdrage sine forpligtelser, såfremt kreditor samtykker hertil, sker ændringen ikke i medfør af kontrakten.”

Delrammeaftalernes afsnit 15 er blot en kodificering af dansk rets almindelige regler om debitorskifte, hvorefter en debitor kan overdrage en aftale med kreditors samtykke. Overdragelse af delrammeaftalerne kan således ikke ske med henvisning til udbudslovens § 179.

Tolkemyndigheden har vedrørende påstand 1A og 1B gjort gældende:

Ad klassificering af ydelserne

Det centrale spørgsmål er, om tolkeydelser for hørehandicappede efter sin karakter er en ydelse, der skal klassificeres som CPV-kode 7954000, eller en ydelse, der skal klassificeres som CPV-kode 98513000 ”udsendelse af personale til private husstande” eller en anden CPV-kode under light-regimet.

Af lovbemærkningerne til udbudslovens afsnit III om light-regimet fremgår, at baggrunden for ydelseernes placering i bilag XIV er, at visse kategorier af tjenesteydelser efter deres natur har en ”begrænset overskridende dimension”, og at dette navnlig gælder de tjenesteydelser, som kan betragtes som ”[...] personlige tjenesteydelser, såsom visse sociale, sundhedsmæssige og uddannelsesmæssige tjenesteydelser”. Det afgørende for, hvilke ydelser der er omfattet af light-regimet, er således selve ydelsens natur eller karakter, hvormed formålet med ydelsen er afgørende, og ikke i hvilken kontekst eller sammenhæng ydelsen bliver leveret.

Tolkeydelsen skal leveres i forbindelse med en specifik aktivitet, som den hørehandicappede har brug for tolkning til. Som altovervejende udgangspunkt angår tolkeydelsen fritidsaktiviteter, men der kan også være tilfælde, hvor tolken skal bistå den hørehandicappede i forbindelse med eksempelvis undervisning. Dette ændrer dog ikke ved, at ”tegnsprogstolkning for døve” i det konkrete udbud er en social ydelse af personlig karakter, idet formålet

med tolkningen – også i undervisningssituationen – er at kompensere for et handicap.

Uanset i hvilken sammenhæng tolkeydelsen bliver leveret, er der tale om en social og personlig ydelse, og formålet er i alle situationer at kompensere for et handicap. Det er således uden betydning for klassificeringen af tolkeydelsen i det konkrete udbud, i hvilken sammenhæng eller situation den hørehandicappede har behov for ydelsen, herunder om andre myndigheder har mulighed for at anvende tolkeportalen.

Det er således ikke relevant for vurderingen af, om tolkeydelsen er omfattet af udbudslovens light-regime, hvorvidt rammeaftalerne omfatter eller ikke omfatter ”tolkning, hvor sektoransvaret gør sig gældende som fx brug af tolk i forbindelse med at varetage job, følge en uddannelse, ved samtaler med sagsbehandler i kommunen, indlæggelser på hospital og lignende.” jf. klagenævnets delkendelse af 30. januar 2017.

Uanset den konkrete kategorisering er der dog tale om light-ydelser, netop som følge af deres personlige og sociale karakter.

Da tolkeydelser under rammeaftalerne som altovervejende udgangspunkt angår fritidsaktiviteter, har Tolkemyndigheden kategoriseret dem under CPV-koden 98000000 ”andre kollektive, sociale og personlige tjenesteydelser.”

Den af CFD anførte CPV-kode 7954000 angår tolkning og er en underkode til 79000000, som angår ”Forretningstjenesteydelser: forskrifter, markedsføring, rekruttering, trykning og sikkerhed” og til 79500000 vedrørende ”kontorstøtte arbejde”.

Uanset at betegnelsen for CPV-kode 7954000 – tolkning – og den af sagen omhandlede ydelse sprogligt minder om hinanden, er der ikke tale om en ydelse, der efter sin karakter skal – eller kan – klassificeres som CPV-kode 7954000, da denne kode dækker over nogle helt andre former for ydelser. I henhold til CPC-nomenklaturet – som kan bruges som fortolkningsbidrag til CPV-glossaret – fremgår det, at CPC-koden ”tolkning” omfatter ”tjenesteydelser, der generelt er forbundet med oversættelse af tekster fra et sprog til et andet, hvilket resulterer i et skriftligt dokument” eller ”tjenesteydelser,

der generelt vedrører mundtlig tilkendegivelse af, hvad der er blevet udtalt mundtligt i et andet sprog". Der er med andre ord tale om sprogtolkning.

Forretningstjenesteydelser og herunder kontorstøttearbejde er endvidere ydelser, der relaterer sig til drift af "forretning", og ikke ydelser, der relaterer sig til at kompensere for et personligt handicap.

Hovedparten af de bekendtgørelser, CFD har fremlagt, vedrører udbud gennemført før implementeringen af det nye udbudsdirektiv i national lovgivning. Hovedparten af de fremlagte bekendtgørelser afspejler, at ydelserne er kategoriseret som "andre tjenesteydelser" under kategori 27 og dermed omfattet af bilag II B. Den konkrete CPV-kode for tolkeydelser var derfor ikke afgørende for, at ydelsen var omfattet af reglerne om liste II B ydelser. For et enkelt tilfælde er ydelsen, der konkret vedrører tolkning for hørehandicappede, dog kategoriseret under kategori 25 "Sundheds- og socialvæsen" og samtidigt klassificeret under CPV-kode 79540000 "tolkning", uanset at denne CPV ikke nævnes under tjenesteydelseskategori 25. En nærmere gennemgang af bekendtgørelserne viser endvidere, at der for flere bekendtgørelser er tale om en helt anden form for tolkebistand, herunder eksempelvis decideret oversættelse (sprogtolkning), mens andre i endnu højere grad adskiller sig fra tolkeydelser fra hørehandicappede. De fremlagte eksempler underbygger med andre ord ikke, at tolkeydelser for hørehandicappede i det konkrete udbud skal klassificeres som CPV-kode 79540000 "tolkning".

På baggrund heraf gøres det gældende, at tolkeydelser for hørehandicappede er omfattet af light-regimet.

Ad værdiansættelse af ydelserne

Det er alene værdien af den overdragede aftale (dvs. *ændringen*), der skal lægges til grund ved opgørelsen af ændringens værdi. Det er således ikke korrekt, når CFD gør gældende, at "værdien af delrammeaftalerne med Sprogtegn skal sammenlægges med værdien af de oprindelige aftaler, jf. udbudslovens § 35, om successive indkøb". Det gælder kun i forhold til den samlede værdi og dermed grundlaget for beregningen af de 10 % i § 180.

Opgørelsen af ændringens værdi i forhold til tærskelværdien skal ske på grundlag af den *skønnede* værdi af de aftaler, der overdrages. Da der er tale om en rammeaftale uden garanteret omsætning, skal den skønnede værdi

opgøres med udgangspunkt i det faktiske forbrug af de konkrete aftaler efter overdragelsen.

Det følger af rammeaftalen, at denne giver Tolkemyndigheden og andre myndigheder ret – men ikke pligt – til at bestille tolkeydelser under aftalen. Rammeaftalen giver således ikke tolkeleverandøren krav på eller garanti for tildeling af et bestemt antal konkrete opgaver. Bestilling af tolkeydelser under aftalerne sker som udgangspunkt efter tolkebrugernes frie valg. Hvis tolkebrugeren ikke har ønsket en bestemt tolkeleverandør til opgaven, eller hvis den ønskede leverandør ikke har kapacitet, vil tolkeopgaven blive sendt i miniudbud via Tolkeportalen. Omfanget af tolkninger under hver af de enkelte aftaler beror derfor på brugernes behov og i det væsentligste på deres valg. På den baggrund kan den skønnede værdi af de enkelte aftaler vanskeligt opgøres med udgangspunkt i de tidligere års forbrug. Udbudsmaterialet tilsigter således at oplyse en skønsmæssig indikation af aftalernes samlede værdi.

Ved opgørelsen af de enkelte aftalers værdi må der derfor tages udgangspunkt i det faktiske forbrug. Det samlede faktiske forbrug i 2016 var på 34.673.685 kr., hvoraf delrammeaftalerne 1-5 vedrørende tegnsprogstolkning udgjorde størstedelen af det samlede forbrug. For aftalerne med SprogTegn ApS er der tale om et faktisk forbrug på ca. 170.000 kr. henover en periode på ca. 3 måneder. På den baggrund har Tolkemyndigheden beregnet værdien skønsmæssigt til ca. 650.000 kr. pr. år henset til, at der erfaringsmæssigt er perioder med mindre forbrug af tolkeydelser, f.eks. sommerperioden.

Værdien af delrammeaftalerne overdraget til SprogTegn kan ved en nærmere matematisk udregning baseret på perioden på 12 uger og et år med 52 uger alternativt opgøres med en skønnet værdi på 734.240 kr. eller over en kontraktperiode på 2 år til 1.468.480 kr.

Den lavere omsætning under SprogTegns aftale skal ses i lyset af, at der er i alt 41 aftaler vedrørende tegnsprogstolkning, og der er en stor variation i forhold til den konkrete omsætning under de enkelte leverandørers aftaler. Endvidere følger det af, at antallet af tolke var relativt lavt i forhold til Tolkecenter Danmark.

Som anført af CFD er rammeaftalerne opbygget således, at tolkebrugerne har mulighed for at foretage et frit valg af tolkeleverandør. Dette anfører CFD som en årsag til, at nystartede virksomheder har en lavere omsætning i starten. I denne sag skete overdragelsen af delrammeaftalerne imidlertid til en leverandør, der bestod af tidligere – og for tolkebrugerne kendte tolke – hvorfor samme betragtninger ikke kan bringes i spil.

Rammeaftalerne løber fra den 1. januar 2016 til den 31. december 2017. Der er mulighed for at forlænge rammeaftalen to gange med et yderligere år ad gangen. Tolkemyndigheden har dog aldrig ved tidligere aftaler om disse ydelser valgt at benytte option på forlængelse af rammeaftalerne. Rammeaftalen er i stedet blevet genudbudt efter udløbet af de 2 år. Tolkemyndigheden har aldrig udnyttet optionen på forlængelse. Der er således ikke tale om, at beslutningen om ikke at udnytte optionen er truffet på baggrund af denne sag. Beslutningen herom er truffet i overensstemmelse med Tolkemyndighedens sædvanlige praksis.

Selv hvis værdien opgøres over 4 år, således at optionerne medtages, udgør værdien alene 2.936.960 kr. Ved vurderingen af, om værdien af aftalen er lavere end tærsklerne i udbudslovens § 180, er det således uden betydning, om værdien af aftalen opgøres med udgangspunkt i en kontraktperiode på 2 år eller 4 år, idet værdien i begge tilfælde er under tærskelværdien.

Leverandørens placering på den prioriterede leverandørliste udgør ikke en så vigtig faktor ved opgørelsen af aftalens værdi, som CDF vil gøre det til. Den prioriterede leverandørliste er kun relevant i forbindelse med ”miniudbud”, hvor tolkeopgaven bliver udbudt på tolkeportalen, og den højst placerede leverandør bliver tilbudt opgaven, såfremt denne leverandør har ønsket opgaven. Imidlertid sker tildelingen af langt de fleste tolkeopgaver på baggrund af tolkebrugerens eget valg, hvorfor placeringen ikke er nær så afgørende. I 2016 blev således 90 % af sagerne i Tolkeportalen tildelt direkte til en leverandør ønsket af tolkebrugerens.

På grundlag af de konkrete omstændigheder og baseret på aftalernes værdi kunne overdragelsen således lovligt ske i medfør af bagatelreglen i udbudslovens § 180.

Ad ændringens karakter

Udbudsloven indeholder i §§ 178-184 en række bestemmelser angående ændring af kontrakter, som finder anvendelse for kontrakter underlagt fuld udbudspligt efter udbudslovens afsnit II. Da bestemmelserne er udtryk for en kodificering af tidligere EU-praksis forud for det nye udbudsdirektiv, hvor principperne er udledt af EU-domstolen under hensyntagen til de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed, er bestemmelserne også normerende for vurderingen af ændringer i relation til kontrakter omfattet af light-regimet, om end der for light udbud må antages at gælde endog lidt friere rammer for ændringer. Dette betyder, at hvis udskiftningen af leverandøren er lovlig efter udbudslovens §§ 178-184, vil udskiftningen også være lovlig for udbud omfattet af udbudslovens light-regime.

Udbudslovens § 182 indeholder en regulering af de situationer, hvor udskiftning af en leverandør ikke anses for en ændring af grundlæggende elementer i kontrakten, selvom den konkrete aftales værdi overstiger tærskelværdien.

Det følger af udbudslovens § 182, stk. 1, nr. 1, at sker udskiftningen af leverandøren som følge af en klar, præcis og entydig ændringsklausul eller -mulighed, jf. udbudslovens § 179, anses det ikke som en ændring af grundlæggende elementer. En sådan klausul var indeholdt i rammeaftalens afsnit 15.

Endvidere følger det af § 182, stk. 1, nr. 2, at en udskiftning af den oprindelige leverandør vil kunne ske, hvis det (1) er som følge af den oprindelige leverandørs omstrukturering, herunder i form af overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens, (2) når de oprindelige kriterier for kvalitativ udvælgelse opfyldes, og (3) når udskiftningen ikke medfører andre grundlæggende ændringer af kontrakten og ikke har til formål at omgå anvendelsen af udbudsloven.

Tolkemyndigheden bekræftede ved mail af 19. september 2016, at overdragelsen af Tolkecenter Danmarks aftaler fra konkursboet til det nystiftede selskab kunne ske. Samtykke blev således givet til en samlet overdragelse fra konkursboet til det af tolkene nystiftede selskab, idet Mia Erlund anfører, at tolkningsydelse vil blive udført af det nystiftede selskab med forventet opstart den 1. oktober 2016. Tilsvarende fremgår det af meddelelsen på tolkeportalen, at ”Tolkemyndigheden har accepteret, at SprogTegn har

fået overdraget rammeaftalerne fra konkursboet for Tolkecenter Danmark. SprogTegn består af en række tolke fra det konkursramte Tolkecenter Danmark”. Tolkemyndigheden har således ikke først meddelt samtykke til overdragelse fra konkursboet til Erlund Holding – og derefter samtykke til den efterfølgende videreoverdragelse til det nystiftede selskab.

Det forhold, at konkursboet og den nye leverandør konkret valgte at gennemføre overdragelsen i to led via holdingselskabet, beror på det nye selskabs valg og tilrettelæggelse af overdragelsen og etableringen af det nye selskab og er uden betydning i en udbudsretlig kontekst. Da formålet netop var at sikre en videreførelse af kontrakten med det nye selskab, vil det være unødvendigt formalistisk at tillægge det afgørende betydning for den udbudsretlige vurdering, at overdragelsen formelt skete i to led. Det vil endvidere stride mod hensynet bag reglerne om, at udbudsreglerne ikke skal hindre udskiftning af en leverandør i konkurssituationen.

Det bestrides, at overdragelsen af en kontrakt i en insolvenssituation alene kan ske som led i en hel eller delvis virksomhedsoverdragelse. Dette følger af såvel forarbejderne til bestemmelsen som teorien omkring bestemmelsen herunder *Aktuel udbudsret II*, Karsten Hagel-Sørensen (red.), side 394.

Udbudslovens § 182, stk. 1, nr. 2, skal ikke læses sådan, at udskiftning af en leverandør kun kan ske i forbindelse med en omstrukturering. Bestemmelsen skal læses således, at udskiftningen kan ske ved omstrukturering *eller* ved insolvens. Dette følger allerede af en naturlig ordlydsfortolkning. Bestemmelsen lyder, ”hel eller delvis indtrædelse i den oprindelige leverandørs rettigheder som følge af den oprindelige leverandørs omstrukturering, herunder i form af overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens”. Således er ”overtagelser, fusioner, erhvervelser” eksempler på, hvad der kan udgøre en omstrukturering, hvorfor disse situationer er placeret efter ”herunder i form af”. Insolvens er ikke en omstrukturering, men en anden situation. Bestemmelsen handler derfor om omstrukturering eller insolvens. Samme formulering anvendes i både den danske og engelske version af udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, litra d, nr. ii.

Også lovforarbejderne til § 182, stk. 1, nr. 2, taler for, at bestemmelsen ikke indeholder betingelse om, at udskiftning af en leverandør også i insolvenssituationen skal ske ved omstrukturering. Af forarbejderne fremgår således, at ordregiveren kan ”acceptere, at en virksomhed, der er part i en offentlig

kontrakt, og som kommer under konkursbehandling fordi den er insolvent, kan overdrage kontrakten til tredjemand.” Hvis kontrakten kun kan overdrages som led i en hel eller delvis virksomhedsoverdragelse, savner det mening, at det af forarbejderne fremgår, at den konkursramte virksomhed kan overdrage kontrakten til tredjemand. Dette indikerer tværtimod, at kontrakten netop kan blive overdraget ”alene”, dvs. ved en simpel overdragelse.

Herudover fremgår det af ”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning” fra december 2014, s. 789, note 755, angående det nye udbudsdirektivs artikel 72, stk. 1, litra d, at ”Der er således under de nye regler utvivlsom adgang til at overdrage kontrakter fra konkursramte virksomheder.”

Der kan således ikke være tvivl om, at der i forbindelse med fortolkningen af det nye udbudsdirektiv til brug for udvalgets arbejde med udkastet til udbudsloven har været en klar formodning om, at konkursboet har mulighed for at overdrage kontrakten til en ny leverandør i insolvenssituationen.

I EU’s Udbudsregler – i dansk kontekst, Grith Skovgaard Ølykke og Ruth Nielsen, s. 359, anføres desuden angående overdragelsen af kontrakten til tredjemand ved konkurs: ”Derudover er der ingen anvisninger til medlemsstaterne eller ordregiver om, hvordan en eventuel ny kontrahent skal findes, - eller hvordan skal der ses på en eventuel kurators mellemkomst. Disse spørgsmål er således overladt til national ret. I bemærkningerne til § 182, stk. 1, m. 2, i forslaget til udbudslov, siges det:... Det foreslås herved, at ordregiver gives mulighed for at tillade den insolvente tilbudsgiver at overdrage kontrakten til tredjemand.”

En tilsvarende tolkning af § 182, stk. 1, nr. 2, følger af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om udbudsloven. Af vejledningens afsnit 11.3.4 fremgår således: ”Ordregiver kan desuden tillade, at den valgte tilbudsgiver foretager visse omstruktureringer i løbet af kontraktens løbetid. Det kan efter omstændighederne være lovligt, at leverandøren foretager interne omstruktureringer, overtagelser, fusioner, erhvervelser eller som følge af konkurs overdrager kontrakten til tredjemand.”

Overdragelsen af delrammeaftalerne til SprogTegn ApS som følge af den tidligere leverandørs insolvens kan derfor ske ved en simpel overdragelse af selve delrammeaftalerne.

At Tolkemyndigheden har været berettiget til at acceptere konkursboets overdragelse af kontrakten er desuden i fuld overensstemmelse med hensynet til konkurssituationen, herunder kurators behov for at kunne realisere konkursboets aktiver. De udbudsretlige regler bør derfor ikke hindre kurator i at gøre dette jf. bl.a. Steen Treumer i artiklen i UfR 2013B, side 409, hvori det bl.a. anføres, at dersom kurator ikke har mulighed for at gennemføre en overdragelse af kontrakten, vil dette være i modstrid med de muligheder, som kurator almindeligvis har i henhold til konkursloven. Tilsvarende anfører Steen Treumer i en artikel i Juristen, vol. 2016, nr. 2, side 66-74, hvor han tillige påpeger, at der muligvis gælder en udvidet adgang i forbindelse med overdragelser af kontrakter omfattet af light-regimet.

Både bestemmelsens ordlyd og forarbejder samt hensynet til, at udbudsreglerne ikke skal vanskeliggøre videreførelse af kontrakter i den ekstraordinære situation, der opstår ved en medkontrahents konkurs, taler således for, at en simpel overdragelse af aftaler kan ske i konkurssituationer, forudsat at de øvrige bestemmelser i § 182, stk. 1, nr. 2, er opfyldt.

Hvis klagenævnet måtte fastslå, at overdragelse ved insolvens er betinget af, at det sker som led i en hel eller delvis virksomhedsoverdragelse, gøres det gældende, at overdragelsen de facto skete som led i en virksomheds-overdragelse. Konkursboet efter Tolkecenter Danmark overdrog således delrammeaftalerne sammen med 2 stk. stationære PC'er, 4 stk. smartphones, fagbøger samt Extranet/Intranet, "Trojka", til den nye leverandør, som bestod af tidligere medarbejdere fra den konkursramte leverandør. Der skete dermed en de facto overdragelse af medarbejdere og udstyr fra Tolkecenter Danmark til den nye leverandør, SprogTegn, med det formål at videreføre den konkursramte leverandørs forpligtelser i henhold til delrammeaftalerne og dermed den "virksomhed", der er relevant for varetagelsen af forpligtelserne.

Tolkemyndigheden var således berettiget til at acceptere overdragelsen af delrammeaftalerne til SprogTegn ApS som følge af Tolkecenter Danmarks konkurs, forudsat at de øvrige betingelser i § 182, stk. 1, nr. 2, ligeledes er opfyldt.

Det fremgår af forarbejderne til § 182, stk. 1, nr. 2, at en ordregiver kan acceptere overdragelsen af kontrakten til tredjemand, "såfremt de oprindelige

kriterier for egnethedsvurderingen, jf. § 140, opfyldes af den nye leverandør”.

Da der i denne sag er tale om et light udbud omfattet af udbudslovens afsnit III, finder § 140 ikke direkte anvendelse. I udbud omfattet af light-regimet er det som udgangspunkt overladt til ordregiver selv at fastsætte eventuelle kriterier til brug for egnethedsvurderingen.

Tolkemyndigheden har i udbudsbetingelsernes pkt. 1 opstillet et krav om, at tilbudsgiverne ikke må have uforfalden gæld på over 100.000 kr. til det offentlige, og krav om, at tilbuddet skal vedlægges en serviceattest eller tilsvarende. Henset til udbudsmaterialets udformning i sin helhed må det betegnes som det eneste reelle egnethedskriterium.

Øvrige krav i udbudsmaterialet, herunder kravet om, at tolkeleverandøren skal tilbyde minimum 15 timers tolkning om ugen, relaterer sig ikke til egnethedsvurderingen, og skal dermed heller ikke indgå i vurderingen af, om den nye leverandør opfylder de oprindelige kriterier herfor.

Kravet relaterer sig ikke til tilbudsgiverens egnethed, dvs. spørgsmålet om, hvorvidt tilbudsgiver er kvalificeret til at udføre opgaven. Kravet er i stedet udtryk for et mindstekrav, som tilbudsgiverne skal opfylde i selve kontraktperioden. Kravet om, at tolkeleverandøren skal tilbyde minimum 15 timers tolkning om ugen, relaterer sig ikke til tilbudsgiverens egnethed. Det beror på ordregivers valg, om der stilles et minimumskrav til egnethed, der skal oplyses af tilbudsgiverne i tilbudsfasen, eller om ordregiver stiller et kontraktuelt mindstekrav. I dette udbud har ordregiver valgt at stille et kontraktuelt mindstekrav, der skal opfyldes af leverandørerne i kontraktperioden, og som bl.a. bruges til at fastsætte antallet af aftaler for hver delrammeaftale. Et timekrav siger intet om ”de nødvendige menneskelige og tekniske ressourcer og erfaringer”, hvorfor det ikke kan betegnes som et minimumskrav angående teknisk eller faglig formåen. Dette understøttes af, at der ikke er tale om et kriterium, der kan rummes indenfor udbudslovens § 140. Det følger af udbudslovens § 143, at når ordregiver stiller krav angående teknisk eller faglig formåen, skal ordregiver angive, hvorledes tilbudsgiveren skal dokumentere, at kravet er opfyldt. Dette kan kun ske med udgangspunkt i de dokumentationsformer, der fremgår af §§ 155, 157 og 158. Udbudslovens § 155 indeholder en opstilling af, hvordan ordregiver kan kræve dokumentation for den tekniske og faglige formåen. På baggrund af

denne opstilling er det klart, at et timekrav som det foreliggende ikke kan bruges som dokumentation for teknisk og faglig formåen.

Tolkemyndighedens krav om, at tilbudsgiverne skulle vedlægge en serviceattest, jf. udbudsbetingelserne pkt. 1 og 5, er således det eneste oprindelige kriterium relateret til egnethedsvurderingen. Det er således ikke korrekt, som anført af CFD, at Tolkemyndigheden først kontrollerede egnethedskravene to måneder senere, idet Tolkemyndigheden netop i forbindelse med overdragelsen af rammeaftalerne til SprogTegn gjorde opmærksom på kravet om indlevering af en serviceattest.

Selv hvis mindstekravet var en del af egnethedsvurderingen, ville SprogTegn under alle omstændigheder opfylde kravet, henset til antallet af tolke som SprogTegn har til rådighed, jf. tilsynsrapporten af 30. november 2016.

Kravet om en serviceattest, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 1 og pkt. 5, var således det eneste oprindelige kriterium knyttet til egnethedsvurderingen.

I forbindelse med overdragelsen af delrammeaftalerne til SprogTegn gjorde Tolkemyndigheden netop opmærksom på kravet om indlevering af en serviceattest. SprogTegn rekvirerede serviceattesten, da selskabet var blevet registreret i CVR-registreret. SprogTegn opfyldte således de oprindelige kriterier for egnethedsvurderingen.

For så vidt angår betingelsen i udbudslovens § 182, stk. 1, nr. 2, om, at de oprindelige kriterier for den kvalitative udvælgelse også skal opfyldes af den nye leverandør, har Tolkemyndigheden gjort gældende, at SprogTegn opfyldte de oprindelige kriterier for egnethedsvurderingen.

For så vidt angår betingelsen om, at udskiftningen ikke må have til formål at omgå udbudslovens anvendelse, gøres det gældende, at overdragelsen alene tilsigter, at delrammeaftalerne kan videreføres efter den oprindelige leverandørs konkurs og med en ny enhed med flere af de tolke, der var omfattet af det konkursramte selskabs aftale, hvorfor der ikke er tale om omgåelse. Udskiftningen skete således udelukkende som følge en objektiv konstaterbar situation, nemlig den tidligere leverandørs konkurs.

Af forarbejderne til § 182, stk. 1, nr. 2, fremgår: ”Med ændringer af grundlæggende elementer menes der ændringer, der lever op til betingelserne i §

178, og som ikke kan henføres til §§ 178-183. Bestemmelsen skal således forstås i sammenhæng med de øvrige undtagelsesmuligheder i §§ 179-183.”

I henhold til udbudslovens § 178, stk. 2, anses en ændring af en rammeaftale for at være en ændring af grundlæggende elementer, når ændringen bevirker, at rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den oprindelige rammeaftale. Endvidere oplystes der i bestemmelsens stk. 2, nr. 1-4, en række ændringer, som altid anses for at være en ændring af grundlæggende elementer, medmindre andet følger af §§ 179-183.

Spørgsmålet om andre ændringer af grundlæggende elementer skal desuden ses i lyset af bagatelreglen i udbudslovens § 180, hvormed ændringer, der falder ind under denne regel, ikke anses for en ændring af grundlæggende elementer. Hvis ændringens værdi er under tærskelværdien på kr. 5.592.375 og 10 % af aftalens værdi, er der ikke tale om en grundlæggende ændring.

Ved anvendelse af § 180 som afgrænsning af grundlæggende ændringer i § 182, er det værdien af andre grundlæggende ændringer, dvs. af den økonomiske værdi af andre ændringer, f.eks. ændring af konkrete vilkår, der eventuelt måtte blive foretaget samtidig med udskiftning af leverandør – og ikke selve aftalens værdi – som er afgørende. Selve aftalens værdi er alene afgørende ved vurdering af, om overdragelser af aftalerne er direkte omfattet af § 180.

For så vidt angår ændringer, der ikke umiddelbart kan opgøres til en økonomisk værdi, må vurderingen ske i lyset af de almindelige kriterier i udbudslovens § 178, stk. 2, herunder spørgsmålet om hvorvidt ændringerne i øvrigt udgør en ændring af kontraktens karakter.

I relation til anvendelse af bagatelreglen i § 180 bemærkes desuden, at selv om værdien af ændringen måtte overstige bagatelgrænsen, er der ikke automatisk tale om en ændring af grundlæggende elementer. Det er stadig den konkrete vurdering af ændringen, der er afgørende for spørgsmålet om, hvorvidt ændringen udgør en ændring af grundlæggende elementer, herunder om ændringen har bevirket, at rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt.

Der blev ikke i forbindelse med overdragelsen til SprogTegn aftalt ændringer til delrammeaftalerne. Tolkemyndigheden fremsendte således den op-

rindelige rammeaftale til SprogTegn og gjorde samtidig opmærksom på, at SprogTegn som ny leverandør var forpligtet til at overholde de samme vilkår.

Overdragelsen til SprogTegn indebar således alene de facto forskelle i de faktuelle omstændigheder og forhold, hvilket efter Tolkemyndighedens opfattelse ikke kan anses for egentlige ændringer af grundlæggende karakter.

For så vidt angår parameteret ”gennemsnitlige erfaringstid for tolke” fremgår det af tilsynsnotatet af 30. november 2016, at SprogTegns tolke havde en bedre gennemsnitlig erfaringstid end den oprindelige leverandør. Der er således herved hverken indført andre betingelser, jf. bestemmelsens nr. 1, sket en ændring af kontraktens økonomiske balance, jf. bestemmelsens nr. 2, eller en udvidelse af rammeaftalens anvendelsesområde i omfang eller art, jf. bestemmelsens nr. 3. Tolkemyndigheden har hermed sikret, at erstatningspersonalet har et tilsvarende kvalitetsniveau, idet der alene blev lagt vægt på tolkenes erfaring målt i år ved tilbudsevalueringen.

I relation til parameteret ”efter- og videreuddannelse for de tilbudte tolke” blev det under tilsynsbesøget oplyst, at arbejdet med tilrettelæggelsen af efter- og videreuddannelse af tolkene var i gang, og planerne var under udarbejdelse. Ved tilsynet blev det desuden oplyst, at SprogTegn vedstod Tolkecenter Danmarks tilbud og agtede at varetage de forpligtelser, de er underlagt i relation hertil i henhold til rammeaftalen. Der er således heller ikke for dette forhold aftalt en ændring eller de facto accepteret en anden retsstilling for leverandørens forpligtelser under aftalerne. Der var ikke fastsat tidsmæssige rammer for denne forpligtelse i rammeaftalen. Der er således tale om en forpligtelse, der skal opfyldes hen over kontraktens løbetid. Det forhold, at planerne for efter- og videreuddannelse ikke var på plads ved opstarten af virksomheden, er ikke udtryk for, at SprogTegn ikke vil opfylde forpligtelsen i overensstemmelse med rammeaftalens krav i løbet af kontraktperioden. Der foreligger således blot en vis tidsmæssig forskydning, og der er intet, der indikerer, at SprogTegn ikke vil overholde forpligtelsen inden for den relevante kontraktperiode. Dersom Tolkemyndigheden måtte have accepteret, at SprogTegn ikke levede op til forpligtelsen i en periode, f.eks. det første år – hvilket ikke er tilfældet – ville den økonomiske fordel opnået herved være begrænset. Henset til antallet af tolke, SprogTegn har til rådighed, kan den årlige besparelse opgøres til kr. 35.000 (med udgangspunkt i 5 tolke og 7.000 kr. pr. tolk). Der er således alene tale

om en beskeden værdi set i lyset af § 180, og en eventuel midlertidig forskydelse er ikke en reel ændring af rammeaftalens økonomiske balance, ligesom det ikke i øvrigt medfører, at rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt, hvorfor der heller ikke er tale om en ændring af grundlæggende elementer i medfør af § 178, stk. 2, nr. 2

Angående parameteret ”ugentlig kapacitet” bemærkes det først og fremmest, at SprogTegn har haft den nødvendige kapacitet til rådighed og har været i stand til at opfylde kravet om en minimumskapacitet på 15 timer om ugen. Leverandørerne byder ofte i praksis ind med overkapacitet, og det faktiske forbrug på delrammeaftalerne er dermed væsentligt mindre end den af leverandørerne tilbudte kapacitet.

Det er korrekt, at SprogTegn har et lavere antal tolke til rådighed end Tolkecenter Danmark havde. SprogTegn har imidlertid ikke haft problemer med at levere tolkeydelser i overensstemmelse med delrammeaftalerne, hvorfor reduktionen af antallet af tolke ikke har påvirket SprogTegns evne til at levere under delrammeaftalerne. Dertil kommer, at den overkapacitet, som Tolkecenter Danmark bød ind med udover minimumskravet, var uden betydning for tildelingen af rammeaftalen, da antallet af tilbudte timer ikke indgik i tilbudsevalueringen. Selvom SprogTegn har færre tolke til rådighed, foreligger der ikke en ændring, som eksempelvis ville have givet adgang for andre tilbudsgivere, eller for at acceptere andre tilbud, jf. § 178, stk. 2, nr. 1, idet SprogTegn stadig opfylder minimumskravet om en kapacitet på 15 timer om ugen. Det lavere antal tolke indebærer desuden ikke, at den økonomiske balance ændres, hvorfor der følgelig ikke er tale om en ændring af grundlæggende elementer i medfør af bestemmelsens nr. 2.

Henset til det konkrete aftale set-up og rammeaftalens karakter øvrigt, herunder det forhold at den tilbudte overkapacitet er uden betydning for aftalen, er den reduktion af kapaciteten, der de facto finder sted som følge af overdragelsen, i dette konkrete tilfælde ikke en ændring af rammeaftalen, der kan anses for grundlæggende.

Der er således ikke aftalt eller de facto accepteret ændringer, der udgør grundlæggende ændringer, da de – hverken hver for sig eller samlet set – ændrer rammeaftalens overordnede karakter. Da ændringerne desuden ikke har en nævneværdig økonomisk værdi, kan de ikke – hverken i sig selv eller

samlet set – betegnes som ændringer af grundlæggende elementer, jf. bagatelreglen i udbudslovens § 180.

Den tredje og sidste betingelse for at overdragelsen lovligt kan ske i medfør af bestemmelsen er dermed opfyldt.

Ad påstand 2

CFD har gjort gældende, at Tolkemyndigheden ved accept af overdragelsen af delrammeaftalerne, først til Erlund Holding og siden til SprogTegn, har begået en klar og kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne, som kan begrunde en annullation af Tolkemyndighedens tildelingsbeslutning.

Tolkemyndigheden har gjort gældende, at myndigheden ikke i forbindelse med overdragelsen af delrammeaftalerne til SprogTegn har handlet i strid med de udbudsretlige regler, hvorfor der ikke er grundlag for at annullere beslutningen om at overdrage delrammeaftalerne til SprogTegn.

Ad påstand 3

CFD har ikke anført særskilte anbringender til støtte for påstand 3.

Tolkemyndigheden har gjort gældende, at Tolkemyndigheden ikke i forbindelse med overdragelsen af delrammeaftalerne til SprogTegn har handlet i strid med de udbudsretlige regler, og der er således ikke grundlag for at erklære delrammeaftalerne mellem Tolkemyndigheden og SprogTegn for uden virkning.

Hvis klagenævnet finder, at overdragelsen af delrammerammeaftalerne ikke er lovlig, og dermed erklærer delrammeaftalerne for uden virkning, har Tolkemyndigheden gjort gældende, at den økonomiske sanktion i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 19, stk. 1-3, jf. § 18, stk. 2, alene skal beregnes på baggrund af den anslåede værdi af de overdragede delrammeaftaler.

Af forarbejderne til lov om Klagenævnet for Udbud § 19 fremgår, at ”Ved kontraktens (anslåede) værdi forstås den samlede anslåede værdi af kontrakten inklusive enhver form for udnyttede optioner.” Det følger dermed af forarbejderne til loven, at det kun er udnyttede optioner, der skal indgå ved

opgørelsen af kontraktens anslåede værdi. Dette fremgår desuden klart af ”Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer”, 1. udg. 2015, side 568, hvor Carina Risvig Hamer anfører, at ”Såfremt en option ikke er udnyttet, skal den derfor naturligvis ikke tages med i beregningen”.

I denne sag skal værdien af delrammeaftalerne overdraget til SprogTegn opgøres med udgangspunkt i den faktiske værdi af aftalerne, da rammeaftalen hverken giver tolkeleverandørerne krav på eller garanti for tildeling af et bestemt antal konkrete opgaver. Endvidere skal værdien opgøres med udgangspunkt i rammeaftalernes ordinære løbetid, dvs. frem til 31. december 2017.

Retsgrundlaget

Udbudsdirektivets- og udbudslovens regler om kontraktændringer

Udbudsdirektivets artikel 72, der er placeret i direktivets afsnit II om offentlige kontrakter, er sålydende:

1. Kontrakter og rammeaftaler kan ændres uden en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med dette direktiv i følgende tilfælde:
 - a) hvis ændringerne, uanset deres pengemæssige værdi, er forudsat i de oprindelige udbudsdokumenter i klare, præcise og entydige revisionsklausuler, hvilket kan omfatte klausuler om revision af priserne, eller revisionsmuligheder. I disse klausuler fastsættes omfanget og arten af eventuelle ændringer eller ændringsmuligheder samt betingelserne for deres anvendelse. De omfatter ikke ændringer eller muligheder, der kan ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter
 - b) ...
 - c) ...
 - d) såfremt en ny entreprenør erstatter den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten som følge af enten:
 - i) en utvetydig revisionsklausul eller -mulighed i overensstemmelse med litra a) ændringen berører ikke den overordnede kontrakt karakter
 - ii) en universel eller delvis efterfølgelse af en anden økonomisk aktør, der opfylder de kriterier for kvalitativ udvælgelse, der var gældende for den oprindelige entreprenør, efter omstrukturering af virksomhed, herunder overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens, såfremt dette ikke medfører andre

- væsentlige ændringer af kontrakten og ikke har til formål at omgå anvendelsen af dette direktiv eller
- iii) at den ordregivende myndighed selv påtager sig hovedentreprenørens forpligtelser over for underentreprenørerne, når denne mulighed gives i den nationale lovgivning i medfør af artikel 71

- e) såfremt ændringerne uanset deres værdi ikke er væsentlige som defineret i stk. 4.

...

2. Desuden kan kontrakterne, uden at det er nødvendigt at kontrollere, om betingelserne i stk. 4, litra a)-d), er opfyldt, også ændres uden en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med dette direktiv, når værdien af ændringen er lavere end følgende værdier:

- i) tærsklerne i artikel 4 og
- ii) 10 % værdien af den oprindelige kontrakt for tjenesteydelses og vareindkøbskontrakter og lavere end 15 % af værdien af den oprindelige kontrakt for bygge- og anlægskontrakter.

Ændringen berører dog ikke den overordnede kontrakts eller rammeaftales karakter. Hvis der foretages flere på hinanden følgende ændringer, vurderes værdien ud fra den samlede nettoværdi af de på hinanden følgende ændringer.

3. ...

4. En ændring af en kontrakt eller en rammeaftale i dens løbetid anses for at være væsentlig i medfør af stk. 1, litra e), hvis ændringen bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt.

Med forbehold af stk. 1 og 2 anses en ændring under alle omstændigheder for at være væsentlig, såfremt en eller flere af følgende betingelser er opfyldt:

- a) ændringen indfører betingelser, som ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren
- b) ændringen ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for

- c) ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde
- d) såfremt en ny entreprenør erstatter den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten, i andre tilfælde end dem, der er nævnt i stk. 1, litra d).

5. En ny udbudsprocedure i overensstemmelse med dette direktiv er nødvendig for andre ændringer af bestemmelserne i en offentlig kontrakt eller en rammeaftale i løbet af dennes løbetid end dem, der er anført i stk. 1 og 2.

Af direktivets betragtninger fremgår bl.a.:

(107) Det er nødvendigt at præcisere de vilkår, hvorunder ændringer af en kontrakt, der stadig er i kraft, kræver en ny udbudsprocedure under hensyntagen til EU Domstolens relevante retspraksis. En ny udbudsprocedure er nødvendig, hvis der foretages væsentlige ændringer i den oprindelige kontrakt, især med hensyn til anvendelsesområdet og indholdet i parternes gensidige rettigheder og pligter, herunder fordelingen af intellektuelle ejendomsrettigheder.

Sådanne ændringer viser parternes hensigt om at genforhandle vigtige betingelser eller vilkår i den pågældende kontrakt. Dette er især tilfældet, når de ændrede vilkår ville have haft indvirkning på resultatet af proceduren, hvis de havde været del af den oprindelige procedure.

Ændringer af kontrakten, der medfører en mindre ændring af kontraktens værdi op til et vist niveau, bør altid være mulige, uden at det er nødvendigt at gennemføre en ny udbudsprocedure. Med henblik på dette og for at sikre retssikkerheden bør dette direktiv fastsætte »de minimis«-tærskler, under hvilke en ny udbudsprocedure ikke er nødvendig. Det bør være muligt at ændre kontrakten over disse tærskler uden at skulle gennemføre en ny udbudsprocedure, hvis disse overholder de relevante betingelser i dette direktiv.

...

(111) De ordregivende myndigheder bør i de enkelte kontrakter selv have mulighed for at få indført ændringer af en kontrakt ved hjælp af revisionsbestemmelser eller optionsklausuler, men sådanne klausuler må ikke give dem ubegrænset spillerum. Dette direktiv bør derfor fastsætte, i hvilken udstrækning der kan gives mulighed for ændringer i den oprindelige kontrakt. Det bør således præciseres, at tilstrækkeligt tydelige revisions- eller optionsklausuler f.eks. kan give anledning til prisindeksering eller sikre, at kommunikationsudstyr, der f.eks. leveres over en given periode, fortsat er egnet, også i tilfælde af skiftende kommunikationsprotokoller eller andre teknologiske ændringer. Det bør også være

muligt under tilstrækkeligt klare klausuler at kunne få tilpasset en kontrakt, hvis dette bliver nødvendigt på grund af tekniske vanskeligheder, der er opstået under drift eller vedligeholdelse. Endvidere bør det erindres, at kontrakter f.eks. kan omfatte såvel almindelig vedligeholdelse som ekstraordinære vedligeholdelsesforanstaltninger, der kan blive nødvendige for at sikre fortsættelse af en offentlig tjenesteydelse.”

Udbudslovens bestemmelser om kontraktændringer, der er placeret i lovens afsnit II om Offentlige indkøb over tærskelværdien, er sålydende:

§ 178 Ved en ændring af grundlæggende elementer i en kontrakt eller rammeaftale skal ordregiveren gennemføre en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med denne lov.

Stk. 2. En ændring af en kontrakt eller rammeaftale anses for at være en ændring af grundlæggende elementer, når den bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt. Medmindre andet følger af §§ 179-183, anses en ændring altid for at være en ændring af grundlæggende elementer, når

1. ordregiveren indfører betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindelig udvalgte eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindelig accepterede eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren,
2. kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance ændres til leverandørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for,
3. ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde eller
4. en ny leverandør erstatter den, som ordregiveren oprindelig havde tildelt kontrakten.

§ 179 Ændringer af en kontrakt eller en rammeaftale, der er forudset i udbudsmaterialet i klare, præcise og entydige klausuler, betragtes ikke som ændringer af grundlæggende elementer. Klausulerne skal fastsætte omfanget og arten af eventuelle ændringer eller ændringsmuligheder og betingelserne for deres anvendelse og må ikke ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter.

§ 180 Ændringer af en kontrakt eller rammeaftale anses ikke som ændringer af grundlæggende elementer, når værdien af ændringerne er lavere end

1. tærskelværdierne i § 6 og
2. 10 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt, for så vidt angår tjenesteydelses- og vareindkøbskontrakter, eller lavere end 15 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt, for så vidt angår bygge- og anlægskontrakter.

Stk. 2. Er der foretaget flere ændringer af samme kontrakt eller rammeaftale, skal værdien af ændringerne lægges sammen ved beregningen.

Stk. 3. Ændringer i henhold til stk. 1 må dog ikke ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter.

...

§ 182 Udskiftning af den oprindelige leverandør anses ikke som en ændring af grundlæggende elementer i kontrakten, når udskiftningen sker som følge af

1. en klar, præcis og entydig ændringsklausul eller -mulighed, jf. § 179, eller
2. hel eller delvis indtrædelse i den oprindelige leverandørs rettigheder som følge af den oprindelige leverandørs omstrukturering, herunder i form af overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens, når de oprindelige kriterier for kvalitativ udvælgelse opfyldes, og når udskiftningen ikke medfører andre grundlæggende ændringer af kontrakten og ikke har til formål at omgå anvendelsen af denne lov.

...

§ 196 Loven træder i kraft den 1. januar 2016.

Stk. 2. Loven finder ikke anvendelse på udbud, der er iværksat inden den 1. januar 2016.

Stk. 3. §§ 178-184 finder anvendelse på alle kontrakter, efter loven træder i kraft den 1. januar 2016, uanset at kontrakten er indgået i henhold til tidligere udbudsregler.

...”

Af lovforarbejdernes generelle bemærkninger punkt 4.7 fremgår bl.a.:

”Artikel 72, stk. 2, introducerer en bagatelgrænse, således at ændringer inden for denne grænse som udgangspunkt vil være mulige uden at afholde udbud. Bestemmelsen fastslår, at kontrakter kan ændres, uden at det er nødvendigt at verificere, om betingelserne i stk. 4, litra a-d, er op-

fyldt, når værdien af ændringen er lavere end tærsklerne i artikel 4, og lavere end 10 pct. af den oprindelige kontrakt for tjenesteydelses- og vareindkøbskontrakter og lavere end 5 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt for bygge- og anlægskontrakter

...

Formålet med udbudslovsudvalgets arbejde var blandt andet hensynet til at skabe klarhed. Derfor har udvalget vurderet det hensigtsmæssigt at omformulere indholdet af bestemmelsen i artikel 72, så den bedre stemmer overens med dansk lovtradition uden at ændre i bestemmelsens indhold

Af lovforarbejderne fremgår bl.a. om lovens § 178:

”Stk. 2, nr. 4, indebærer, at det vil være en ændring af grundlæggende elementer, hvis den leverandør, der oprindeligt blev tildelt kontrakten, erstattes. Denne bestemmelse skal ses i sammenhæng med § 182, idet § 182 giver mulighed for at erstatte en leverandør. § 182 udgør således en udtømmende regulering af, hvornår det er tilladt at udskifte en leverandør til en offentlig kontrakt uden på ny at gennemføre en udbudsprocedure i henhold til denne lov.

Stk. 2, nr. 1-4, er ikke en udtømmende liste over de betingelser, der skal være opfyldt for, at en kontraktændring vil anses som en ændring af grundlæggende elementer. Hvis det efter en konkret vurdering er klart, at ændringen i kontraktens bestemmelser er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige kontrakt, vil ændringen være at anse som en ændring af grundlæggende elementer. Ændring af en kontrakt vil dog under alle omstændigheder ikke være at anse som en ændring af grundlæggende elementer, hvis den kan henføres til en af undtagelsesbestemmelserne i §§ 179-183.

Af lovforarbejderne fremgår bl.a. om lovens § 182:

”Udskiftning af den leverandør, som ordregiveren oprindeligt havde tildelt kontrakten er som udgangspunkt at anse som en ændring af grundlæggende elementer, jf. § 178, stk. 2, nr. 4. Bestemmelsen i § 182, stk. 1, fastsætter dog, at udskiftning af den oprindelige leverandør ikke er en ændring af grundlæggende elementer i kontrakten, når udskiftning sker som følge af et af de forhold, der nævnes i nummer 1 og 2 i bestemmelsen.

Udskiftning af leverandør er efter stk. 1, nr. 1, tilladt som følge af en klar, præcis og entydige ændringsklausul eller -mulighed i overensstemmelse med § 179. På samme måde er ændringer af kontrakten i overensstemmelse med §§ 180, 181 og 183 tilladt samtidigt med udskiftning af en leverandør i overensstemmelse med § 182, hvis betingel-

serne i de enkelte bestemmelser er opfyldt. Dog kan flere ændringer tilsammen efter en konkret vurdering indebære en ændring af grundlæggende elementer i kontrakten, der kræver fornyet udbudsprocedure i overensstemmelse med loven.

Det er efter bestemmelsens stk. 1, nr. 2, muligt for den vindende tilbudsgiver at foretage visse omstruktureringer i løbet af den offentlige kontrakt uden gennemførelse af en fornyet udbudsprocedure, jf. direktivets betragtning 110. Sådanne omstruktureringer kan f.eks. omfatte interne omstruktureringer, overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens. Ordregiveren kan således acceptere, at en virksomhed, der er part i en offentlig kontrakt, og som kommer under konkursbehandling fordi den er insolvent, kan overdrage kontrakten til tredjemand, såfremt de oprindelige kriterier for egnethedsvurderingen, jf. § 140 opfyldes af den nye leverandør, og såfremt det ikke medfører andre ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten og ikke har til formål at omgå anvendelsen af loven, jf. § 2, stk. 2. Med ændringer af grundlæggende elementer menes der ændringer, der lever op til betingelserne i § 178, og som ikke kan henføres til §§ 179-183. Bestemmelsen skal således forstås i sammenhæng med de øvrige undtagelsesmuligheder i §§ 179-183”

Klagenævnet udtaler:

Påstand 1A og 1B

Klagenævnet har i delkendelse af 30. januar 2017 bl.a. udtalt:

”det er ubestridt, at opgaven, da den blev udbudt i 2015, var omfattet af det dagældende udbudsdirektiv 2004/18/EF bilag II B.

Det følger af udbudslovens § 7, jf. bilag XIV til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU, at tjenesteydelser omfattet af de CPV-koder, der specifikt er angivet i bilaget, er omfattet af udbudslovens afsnit III ”light-regimet”, mens tjenesteydelser der er omfattet af CPV-koder, der ikke direkte er anført i bilaget, er omfattet af udbudslovens afsnit I-II

Af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 2195/2002 med senere ændringer, senest kommissionens forordning nr. 213/2008, fremgår om opbygningen af CPV-glossaret, at det omfatter bl.a. et primærglossar, der bygger på en træstruktur med koder, hvor cifrene svarer til en betegnelse, der beskriver de varer, det arbejde eller de tjenesteydelser, der er kontraktens genstand. Den numeriske kode omfatter otte cifre, der kan opdeles i afdelinger, grupper, klasser og kategorier, mens

hvert af de tre sidste cifre giver en yderligere præcisering inden for de enkelte kategorier.

Efter opbygningen af glossaret og formålet hermed er det klagenævnets foreløbige vurdering, at klassifikationen af en ydelse skal ske under den kode, der efter en naturlig sproglig forståelse er mest dækkende for den pågældende ydelse, uanset om andre koder kunne være dækkende.

CPV-koden 98000000 angår ”andre kollektive, sociale og personlige tjenesteydelser” og har underkoderne 98100000 ”Tjenesteydelser fra organisationer og foreninger”, 98300000 ”diverse tjenesteydelser”, 98500000 ”Private husholdninger med ansat medhjælp” og 98900000 ”Tjenester ydet af ekstraterritoriale organisationer og organer”. Ingen af koderne har underkoder, der omhandler tolkning, men koden 98500000 ”Private husholdninger med ansat medhjælp” har bl.a. underkoden 98513000 ”udsendelse af personale til private husstande”, som igen har underkoder til formidling af hjemmehjælp og formidling af personale til private husstande.

CPV-koden 79000000 angår ”Forretningstjenesteydelser: forskrifter, markedsføring, rekruttering, trykning og sikkerhed” og har bl.a. underkoden 79500000 ”kontorstøtte arbejde” som igen har underkoden 79540000 ”tolkning”

Det fremgår af det oprindelige udbud, jf. bl.a. ”Bilag 1 Kravspecifikation”, at rammeaftalerne skal sikre, at der tilvejebringes tolkning til personer med hørehandicap til aktiviteter, der foregår i den hørehandicappedes fritid, som eksempelvis at gå i kirke, til læge, til foredrag, til fest, deltage i politiske møder, arbejde frivilligt i foreninger, gå til kørekortundervisning, tage i biograf med børn og lignende, hvorimod rammeaftalerne ikke omfatter tolkning, hvor sektoransvaret gør sig gældende som fx brug af tolk i forbindelse med at varetage job, følge en uddannelse, ved samtaler med sagsbehandler i kommunen, indlæggelser på hospital og lignende.

På det grundlag, der foreligger, lægger klagenævnet herefter foreløbigt til grund, at den udbudte tjenesteydelse er omfattet af CVP-koden 98513000. Denne kode er omfattet af bilag XIV til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU, hvorfor sagen, som den er forelagt og som udgangspunkt, skal afgøres efter udbudslovens afsnit III, jf. herved udbudslovens § 196, stk. 1-3.

De eksempler på tidligere bekendtgørelser, som CFD har fremlagt til støtte for, at tolkning for hørehæmmede ikke er en light-ydelse, vedrører alle udbud gennemført forud for opgivelsen af sondringen mellem Bilag IIA og Bilag IIB ydelser, og inden kategorien ”light-ydelser” blev indført. Flere af

bekendtgørelserne angår ydelser, der ikke er sammenlignelige med de ydelser, der er udbudt i denne sag.

Det fremgår af betragtning 114 til direktiv 2014/24/EU, om light-regimets baggrund, at ”Visse kategorier af tjenesteydelser har fortsat ifølge deres natur en begrænset grænseoverskridende dimension, især de tjenesteydelser, der kan betegnes som personlige tjenesteydelser, såsom visse sociale, sundhedsmæssige og uddannelsesmæssige tjenesteydelser”.

Uanset om tolketjenesten således tillige måtte kunne anvendes af andre sektorer, herunder eksempelvis i forbindelse med at varetage job, deltagelse i uddannelsesaktiviteter, ved samtaler med sagsbehandler i kommunen o.l., er det for den, der har krav på ydelsen – den hørehæmmede – en personlig ydelse, der skal afhjælpe et personligt handicap.

På den baggrund finder klagenævnet fortsat, at den udbudte ydelse er omfattet af i hvert fald CPV kode 98000000 og dermed af udbudslovens afsnit III.

Påstand 1A tages ikke til følge.

Der er mellem parterne enighed om, at udbudslovens §§ 178-183 finder anvendelse, uanset om ydelsen anses omfattet af udbudslovens afsnit II eller afsnit III, dog med de ændringer, der følger af forholdets natur i relation til afsnit III ydelser. Klagenævnet bemærker, at uanset at de nævnte bestemmelser ikke efter udbudsloven gælder for afsnit III ydelser, er bestemmelserne, ligesom den bagvedliggende bestemmelse i udbudsdirektivets artikel 72, i vidt omfang udtryk for en kodifikation af EU-Domstolens praksis om kontraktændringer i blandt andet sag C-454/06 Presse-text, som må antages at gælde for både afsnit II- og afsnit III-ydelser. Klagenævnet finder som følge heraf, at de principper, som kommer til udtryk i udbudsdirektivets artikel 72 og udbudslovens §§ 178-183, kan anvendes ved bedømmelsen af påstand 1B.

Udgangspunktet i udbudsdirektivets artikel 72 og dermed udbudslovens § 178-183 er, at ændringer af en indgået kontrakt alene kan finde sted efter fornyet udbud, med mindre ændringen specifikt er undtaget herfra. Det fremgår i den forbindelse af betragtning 107 i udbudsdirektivet, at ”En ny udbudsprocedure er nødvendig, hvis der foretages væsentlige ændringer i

den oprindelige kontrakt, især med hensyn til anvendelsesområdet og indholdet i parternes gensidige rettigheder og pligter...”

Klagenævnet har i bl.a. kendelse af 7. juni 2010, PlayTech Limited mod Danske Spil A/S, fastslået, at en ikke ubetydelig grad af usikkerhed med hensyn til, om en kontrakt skal udbydes efter – nu – loven, som udgangspunkt skal medføre, at der foretages EU-udbud.

Udbudslovens § 178-183 skal fortolkes i lyset heraf.

Det følger af udbudslovens § 179, at ændringer af en kontrakt eller en rammeaftale ikke betragtes som ændringer af grundlæggende elementer, hvis ændringerne er forudset i udbudsmaterialet i klare, præcise og entydige klausuler. Klausulerne skal fastsætte omfanget og arten af eventuelle ændringer eller ændringsmuligheder og betingelserne for deres anvendelse og må ikke ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter. De konkrete rammeaftalers punkt 15, om muligheden for overdragelse af rammeaftalen, er reelt alene en beskrivelse af dansk rets almindelige betingelse for debitorskifte, med et vilkår om, at eventuel overdragelse skal ske ”uden værdiansættelse”. Klausulen er ikke så klar, præcis og entydig som krævet i udbudslovens § 179. Leverandørskiftet har derfor ikke kunnet ske alene med henvisning til udbudslovens § 179.

Det følger af udbudslovens § 180, stk. 1, nr. 1 og 2, jf. stk. 3, at ændringer af en rammeaftale ikke anses som ændringer af grundlæggende elementer, når *værdien af ændringerne* er lavere end tærskelværdierne i § 6 (som sagen er forelagt dog konkret § 7, da ydelsen er omfattet af light regimet, jf. ovenfor og dermed 5.583.000 kr.) og 10 pct. af *værdien af den oprindelige kontrakt*, med mindre der herved sker ændring af kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter.

Klagenævnet har i delkendelse af 30. januar 2017 herom udtalt:

”Det fremgår af det oprindelige udbud, jf. bl.a. ”Bilag 1 Kravspecifikation” punkt 3, at værdien af kontrakten er budgetteret til 38 mio. kr. årligt. Det fremgår videre, at aftalen er 2-årig, men med option på forlængelse i yderligere 2 år. Den anslåede værdi udgør således 152 mio. kr.

Det fremgår af ”Leverandøroversigt 2016-2017”, at Tolkecenter Danmark blev tildelt en rammeaftale i 5 ud af 5 regioner for så vidt angår

tegnsprogstolkning og i 4 ud af 5 regioner for så vidt angår skrivetolkning.

Tolkemyndigheden har i svarskriftet estimeret værdien af Tolkecenter Danmarks rammeaftaler til 650.000 kr. Det fremgår ikke, hvordan dette estimat fremkommer, ud over en oplysning om at SprogTegn alene råder over 4 tolke, hvorimod Tolkecenter Danmark rådede over 70 tolke. Estimatet forekommer overordentlig lavt henset til kontraktens samlede værdi.”

Den konkrete ændring består i udskiftning af den oprindelige leverandør med en ny leverandør. Udskiftning af den leverandør, der oprindeligt blev tildelt kontrakten, med en anden leverandør kræver som minimum, at den nye leverandør indtræder i den eksisterende kontrakt uden ændringer af grundlæggende elementer. Beregning af ændringens værdi giver således alene mening, såfremt ændringens værdi sidestilles med værdien af den overdragne kontrakt – her de delrammeaftaler, som Tolkecenter Danmark blev tildelt.

Det fremgår af udbudslovens § 30, at værdien af en kontrakt skal anslås på grundlag af det samlede beløb, der efter ordregiverens skøn skal betales til leverandøren for gennemførelsen af den udbudte kontrakt, og at der i den forbindelse skal medregnes enhver form for optioner, som fastsættes i udbudsmaterialet.

Det fremgår videre af udbudslovens § 32, at værdien af en rammeaftale er den højest anslåede værdi af samtlige kontrakter, der forventes tildelt inden for rammeaftalens eller det dynamiske indkøbssystemets løbetid. Det er således ikke af betydning for opgørelsen af kontraktens værdi, om ordregiver konkret påtænker at udnytte en option. Det afgørende er, at ordregiver i udbudsmaterialet har medtaget en option på forlængelse af aftalerne i 2x12 måneder.

Tolkemyndigheden har oprindeligt estimeret ”værdien af Tolkecenter Danmarks rammeaftaler” og anset dette for værdien af ændringen. Tolkemyndigheden har efterfølgende skønnet værdien af ændringen på grundlag af SprogTegns faktiske omsætning på de overdragne aftaler i den korte periode, aftalerne har været varetaget af SprogTegn, og har i den forbindelse opgjort værdien til maksimalt ca. 2,9 mio. kr. Blev værdien i stedet på samme måde beregnet på grundlag af den faktiske omsætning hos Tolke-

center Danmark – som er den, hvis aftaler overdrages – i første halvår 2016, ville værdien i stedet udgøre ca. 22 mio. kr.

Værdien af ændringen må på den baggrund og i lyset af de fortolkningsbidrag, der er redegjort for ovenfor, fortsat antages at være væsentlig højere end tærskelværdien i udbudslovens § 7, hvorfor ændringen allerede derfor ikke har kunnet ske uden udbud med henvisning til udbudslovens § 180, stk. 1.

Det følger af udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 4, at medmindre andet følger af §§ 179-183, anses en ændring altid for at være en ændring af grundlæggende elementer, når en ny leverandør erstatter den, som ordregiveren oprindeligt havde tildelt kontrakten.

Det følger omvendt af udbudslovens § 182, at udskiftning af den oprindelige leverandør ikke anses som en ændring af grundlæggende elementer i kontrakten, når udskiftningen sker som følge af hel eller delvis indtræden i den oprindelige leverandørs rettigheder som følge af den oprindelige leverandørs omstrukturering, herunder i form af overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens, når de oprindelige kriterier for kvalitativ udvælgelse opfyldes, og når udskiftningen ikke medfører andre grundlæggende ændringer af kontrakten og ikke har til formål at omgå anvendelsen af udbudsloven.

Det er ubestridt, at overdragelsen fra konkursboet til Erland Holding ApS og derefter fra Erland Holding ApS til SprogTegn skete som led i overdragelse af andet og mere end blot kontrakten, og at nogle af medarbejdere i det konkursramte selskab skulle ansættes i og/eller videreføre aktiviteterne fra det konkursramte selskab i det nye selskab. Det fremgår af mailkorrespondancen mellem Tolkemyndigheden og Mia Erlund, at Tolkemyndighedens accept af overdragelsen angår overdragelsen til det nystiftede selskab. Allerede af den grund må udskiftningen af leverandør anses for omfattet af udbudslovens § 182 således, at det afgørende er, om de oprindelige kriterier for kvalitativ udvælgelse blev opfyldt, og at udskiftningen ikke medfører andre grundlæggende ændringer af kontrakten og ikke har til formål at omgå anvendelsen af udbudsloven.

Tolkemyndigheden havde under det oprindelige udbud stillet krav om, at ”for at kunne indsende tilbud, skal tolkeleverandøren tilbyde minimum 15

timers tolkning ugentlig i en region.” Betingelsen stod under overskriften ”betingelser i øvrigt” og sammen med betingelsen om, at tilbudsgiverne skulle vedlægge deres tilbud en serviceattest. Af de oprindelige udbuds- betingelser fremgik videre, at ”udbudsmaterialets bestemmelser skal anses som mindstekrav... Tilbud, der ikke overholder samtlige mindstekrav (så- kaldte ukonditions-mæssige tilbud), vil ikke blive taget i betragtning”. Tol- kemyndigheden har ikke godtgjort, at SprogTegn opfylder dette krav.

Af tilsynsnotat af 30. november 2016 fremgår, at der på daværende tids- punkt var en fuldtidsansat og to freelancere ansat, der skulle betjene Jylland og Fyn, mens der var ”ca. samme bemanning øst for Storebælt”. Det frem- går videre, at ”skrivetolkeopgaverne er på stand-by nu, det har simpelthen ikke været muligt at finde ledige skrivetolke”. Det fremgår endeligt vedrø- rende efteruddannelse, som var et tildelingskriterium, og som Tolkecenter Danmark havde tilbudt med aktiviteter på ca. 7.000 kr. pr. tolk pr. år, at ”firmaet har området under udarbejdelse, men en endelig plan er endnu un- der udarbejdelse.” Det må således lægges til grund, at SprogTegn med 5-6 ansatte forventede at opfylde de aftaler, som Tolkecenter Danmark havde betydeligt flere tolke ansat til at opfylde, at SprogTegn allerede på dette tidspunkt specifikt oplyste, at virksomheden ikke kunne opfylde rammeaf- talerne om skrivetolkeopgaver, og at SprogTegn ikke havde konkrete og specifikke efteruddannelsesaktiviteter planlagt. Tolkemyndigheden har un- der disse omstændigheder ikke godtgjort, at udskiftningen ikke medfører andre grundlæggende ændringer af kontrakten end selve udskiftningen af leverandøren.

I det anførte omfang tages påstand 1B til følge.

Ad påstand 2 og 3

Da Tolkemyndigheden har tildelt SprogTegn rammeaftalerne uden udbud, på trods af at betingelserne herfor ikke har været til stede, tages påstand 3 om, at aftalerne mellem Tolkemyndigheden og SprogTegn skal erklæres for uden virkning, til følge, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1.

Efter lovens § 17, stk. 3, kan en kontrakt, der skal erklæres for uden virk- ning efter § 17, stk. 1, opretholdes, hvis væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt, at kontrakten fortsat skal have virkning. Tol-

kemyndigheden har ikke anført hensyn til støtte herfor, og der er derfor ikke grundlag for ikke at erklære kontrakten for uden virkning.

Da aftalen erklæres for uden virkning, er der ikke anledning til for klagenævnet at tage stilling til påstand 2.

Kontrakten skal efter lovens § 18, stk. 1, erklæres for uden virkning for fremtiden. Ved fastsættelsen af, fra hvilket tidspunkt kontrakten skal erklæres for uden virkning, har klagenævnet lagt vægt på overtrædelsens karakter, kontraktens art og tidsmæssige udstrækning. Kontrakten erklæres herefter for uden virkning fra den 1. juli 2017.

Efter lovens § 18, stk. 2, nr. 3, skal der herefter fastsættes en alternativ sanktion. Under hensyn til overtrædelsens alvorlige karakter – ulovlig direkte kontrakttildelelse – til, hvor stor en del af aftalen der opretholdes, og usikkerheden om ændringens reelle værdi, fastsættes en økonomisk sanktion til 150.000 kr., jf. forarbejderne til lovens § 19, stk. 1-3. Beløbet skal betales til Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, jf. § 19, stk. 4.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1B

Den Nationale Tolkemyndighed har i strid med udbudslovens § 2, stk. 1, § 186 og § 187, stk. 1, ændret grundlæggende elementer i en rammeaftale uden at gennemføre en ny udbudsprocedure, idet Den Nationale Tolkemyndighed har accepteret, at SprogTegn ApS har overtaget en række delrammeaftaler, som oprindeligt blev indgået med Tolkecenter Danmark A/S.

Den Nationale Tolkemyndighed pålægges at bringe rammeaftalerne med SprogTegn ApS om skrive- og tegnsprogstolkning for hørehæmmede til ophør med virkning fra den 1. juli 2017.

Den Nationale Tolkemyndighed skal til Konkurrence og Forbrugerstyrelsen betale en økonomisk sanktion på 150.000 kr. Beløbet skal betales inden 8 uger fra afsigelse af denne kendelse.

Den Nationale Tolkemyndighed skal i sagsomkostninger til CFD betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1A.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 2.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Dorthe Hylleberg
kontorfuldmægtig